

MÁS VALE MAÑA QUE FUERZA: EL ABUSO DE LAS NORMAS DE LIBRE COMPETENCIA

Héctor Figari Costa y John Pineda Galarza***

El presente trabajo busca analizar el fundamento teórico del uso abusivo de acciones legales como una práctica para generar barreras de entrada al mercado. Su análisis se desarrollará bajo la óptica de las normas de libre competencia buscando argumentar si la inclusión de dicha cláusula en el Decreto Legislativo 1034 fue acertada o no.

1 Introducción

El negocio de abarrotes de doña Julia se ubica en una esquina de un barrio de clase media limeño, desde hace ya varios años. Ella no solamente cuenta con la confianza de su clientela de siempre, sino también con su amistad, ganada a través del tiempo. Su negocio es lo que se llama comúnmente “la bodega del barrio”. Como consecuencia de ello, doña Julia está en capacidad de mantenerse en el mercado

Revista de Economía y Derecho, vol. 6, nro. 24 (primavera de 2009). Copyright © Sociedad de Economía y Derecho UPC. Todos los derechos reservados.

* Abogado por la Universidad de Lima, máster en Derecho por Northwestern University Law School (LLM), beneficiario de la beca A.L. Raymond Fund Scholarship, con cursos de posgrado “Instituciones jurídicas del mercado” y “Derecho de la electricidad, el gas y la energía” ante la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, asociado *senior* del Estudio Muñiz, Ramírez, Pérez-Taiman y Luna Victoria, Abogados.

** Bachiller en Derecho por la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC). Estudios concluidos en el Curso Anual de Posgrado en Derecho de la Competencia de la Universidad San Martín de Porres, así como en la especialización de analista de Inversiones del Centro de Estudios Bursátiles (Bursen). Es director ejecutivo de la Asociación Civil Cultural Jurídica (Asociación Jurídica) y presidente de la revista *Ethos*.

cobrando precios ligeramente superiores a los de los supermercados o tiendas de mayor dimensión de la zona (que basan su negocio en los grandes volúmenes y no en los márgenes unitarios), básicamente por la relación de confianza y amistad con sus clientes, pero más importante por su cercanía.

Un día, una tienda que podemos llamar *minimarket* o minimercado, enfocado al mismo público que el de doña Julia, pero con mayores dimensiones que esta y perteneciente a una gran cadena con una marca conocida, anuncia que ha decidido poner sus instalaciones al frente de la esquina de doña Julia, y añade que cubrirá el mercado de abarrotes de forma integral e inclusive tendrá una línea de alimentos *gourmet*. Al enterarse de eso, doña Julia entiende que este minimercado podría afectar a su clientela y decide que hará lo necesario para no dejarlo entrar al mercado.

No obstante, ¿qué podría hacer doña Julia, si ella solamente tiene un pequeño negocio familiar? La calidad que ella siempre ha ofrecido puede ser igualada o superada por el *minimarket*, y los precios con seguridad serán menores que los que ella podría cobrar para sobrevivir en el mercado, debido al volumen y economías de escala que maneja el *minimarket*.

Pero cabe la casualidad de que doña Julia tiene un primo –“Pepe el Vivo”– que estudió Derecho y que trabaja en la municipalidad del distrito, y sin perder tiempo lo llama, preocupada, y le cuenta su problema. A lo que Pepe le responde que eso es fácil de solucionar y que empezaría por denegar la licencia de funcionamiento, alegando que el flujo de tránsito aumentaría y que los servicios de esa zona colapsarían si se autorizara la apertura del minimercado.

Asimismo, se ofreció a abrirle cuantos procesos administrativos y judiciales fueran necesarios con la finalidad de impedir el ingreso de dicho minimercado, para lo cual habla con vecinos de la zona, supuestamente incómodos, a fin de que presenten demandas sin mayor fundamento alegando diversas afectaciones, como a la tranquilidad, a la defensa contra la contaminación, a un adecuado suministro de servicios públicos, seguridad, etcétera, solicitando inclusive medidas cautelares, efectivamente otorgadas en algunos casos, que suspendan las obras de demolición y posterior construcción.

En este escenario, la empresa, al pretender concretar los planes anunciados, se encuentra con una barrera de entrada, provocada por doña Julia, motivo por el cual decide iniciar un procedimiento ante la

Comisión de Defensa de la Libre Competencia del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi), por ejercicio abusivo de procesos judiciales y administrativos.

Al respecto, la Comisión recoge la denuncia y después de unos meses determina que no puede hacer nada, porque el negocio de doña Julia no cuenta con “posición de dominio en el mercado”, y para calificar dentro del Decreto Legislativo 1034, en adelante la Ley de Libre Competencia, se necesita como sujeto calificado a un agente con posición dominante, para que, a su vez, se pueda declarar que realizó actos de abuso de dicha posición de dominio.

Es ese el escenario en el que se ha plasmado el literal f del numeral 10.2 del artículo 10 de la Ley de Libre Competencia¹, que imposibilitan la defensa del minimercado dentro de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia.

Según este contexto, con el presente artículo buscamos analizar el supuesto referido, y si su inclusión en la Ley de Libre Competencia es la correcta.

2 Criterios básicos a tomar en cuenta

2.1 Fundamento de las políticas de libre competencia

El factor principal que fundamenta la competencia es la dinámica que esta genera dentro del mercado, ya que de la competencia se desprende la libre interacción entre oferta y demanda, lo que, a su vez, redundará en mayor calidad y precio más bajo, los cuales finalmente se ven reflejados directamente en el bienestar de los consumidores y su libertad para elegir.

Sobre el particular, Hugo Gómez Apac señala que las políticas de libre competencia “consisten en el conjunto de políticas de Estado orientadas a garantizar que los beneficios de una economía social de mercado se traduzcan en un bienestar efectivo de los consumidores. En tal sentido, la liberalización y apertura de mercados y, en general, las reformas orientadas a remover barreras de acceso al mercado, en tanto contribuyan a fomentar la rivalidad entre empresas y el bienestar del consumidor, pueden ser consideradas parte integrante de las políticas de competencia”².

Así, esta dinámica –competitividad– la debe asegurar y proteger el Estado, en virtud de su rol subsidiario, brindando libre acceso al mercado a los agentes económicos –sin barreras de entradas de ningún tipo y menos aquellas barreras que puedan generar la manipulación del poder del Estado, sobre lo cual se desarrollará más adelante–.

2.2 Fundamentos y relevancia de la posición de dominio

Como se ha mencionado, para que se configure una afectación del mercado, bajo la luz de las conductas tipificadas en el artículo 10 de la Ley de Libre Competencia, el agente activo deberá contar con una “posición de dominio”. Esto a fin de que se analicen y, eventualmente, se sancionen las prácticas con efectos de relevancia económica. En ese orden de ideas, para determinar qué considera la doctrina como posición de dominio, nos remitiremos al análisis del artículo 4 del derogado Decreto Legislativo 701, así como del artículo 7 de la actual Ley de Libre Competencia.

Al respecto, el derogado Decreto Legislativo 701 definía la posición de dominio como la posibilidad de una actuación independiente, sin importar las reacciones que pudieran tener los demás agentes de determinado mercado, sean estos competidores, compradores, clientes o proveedores. Todo esto debido a las características especiales de este mercado, vinculadas a factores como la participación de mercado, las características de la oferta y la demanda, el desarrollo tecnológico, las fuentes de financiamiento, etcétera.

Por otro lado, el vigente Decreto Legislativo 1034 define en su artículo 7³ la posición de dominio de una forma más proactiva o dinámica, como la posibilidad que tiene el agente económico de “afectar o distorsionar” la oferta y la demanda (ya no de un simple actuar de manera independiente), sin que los demás agentes del mercado puedan contrarrestar esas acciones, debido a factores vinculados a la participación de mercado, las características de la oferta y la demanda, el desarrollo tecnológico, las fuentes de financiamiento, la existencia de barreras de entrada, la existencia de proveedores, clientes o competidores y el poder de negociación de estos, etcétera.

En ese orden de ideas, de la lectura de las definiciones de posición de dominio de ambas normas (la derogada y la actual) se puede evidenciar que implica una situación “especial” en el mercado, que

otorga cierta fuerza económica a las acciones (prácticas) de quien la ostenta y que le permite afectar el libre juego de la oferta y la demanda. Llama nuestra atención, y luego volveremos sobre este tema, el hecho de que la nueva norma haya incluido expresamente la existencia de barreras de acceso como uno de los factores para determinar la posición de dominio.

2.3 Fundamento del abuso de posición de dominio

El abuso de posición de dominio –señala la doctrina– busca utilizar el poder dominante, o abuso de la posición de dominio, que ostenta una empresa a fin de mantener dicho poder, o inclusive extenderlo, con lo que se beneficia indebidamente, pues obstruye la competencia que se podría generar en el mercado.

En efecto, las empresas con posición de dominio tienen ciertos límites en su actuar, ya que en esta situación deberán cuidar que sus prácticas no constituyan un abuso que afecte el mercado.

En tal sentido, se puede entender que el agente económico con posición de dominio cae en el supuesto de abuso cuando usa su poder económico, y no otro tipo de influencia, para beneficiarse indebidamente, con márgenes que no habría podido obtener en base a la eficiencia en condiciones de competencia. En estos casos es primordial que use tal condición para ser considerado sujeto calificado dentro del artículo 10 de la Ley de Libre Competencia.

No obstante, podría darse el caso de que una empresa con posición de dominio cree barreras de entrada al mercado sin necesidad de ejercer, utilizar o aprovechar dicha posición, sino, por lo contrario, cree las barreras utilizando otros recursos ajenos a la posición de dominio, siendo esta un elemento meramente incidental. En tal sentido, inclusive podría darse el supuesto de que una empresa sin posición de dominio cree barreras de entrada manipulando, en beneficio suyo, el poder del Estado (entiéndase en el ámbito administrativo y judicial).

En ese orden de ideas, del ejemplo planteado en la introducción se pueden apreciar dos supuestos:

- Que la bodega de doña Julia no tenga posición de dominio, y sin perjuicio de ello, no le impida generar una barrera de entrada a su competidora, mediante la figura del ejercicio abusivo de medios legales;

- Que la bodega de doña Julia sí tenga posición de dominio, pero que sin hacer uso de dicho poder dominante esta creara barreras de entrada a la competidora, mediante la misma figura.

Como podrá concluir el lector, esta conducta fue ejercida sin usar una posición de dominio, en ambos casos, bastando ciertos recursos económicos y algo de ingenio jurídico mal utilizado. Ello nos llevaría a preguntar: ¿qué tan necesaria es la posición de dominio en la generación de barreras de entrada por ejercicio abusivo de acciones legales? Y llevando más allá el razonamiento, ¿no es la necesidad de establecer barreras de acceso al mercado, mediante acciones legales, una prueba clara de la inexistencia de una posición de dominio inicial del agente bajo análisis? En efecto, de existir previamente una posición de dominio, habría abusado de esta, y no habría tenido que crear barreras de acceso para generarla.

2.4 Ejemplos de abuso de posición de dominio

Habiendo esbozado la definición de qué es posición de dominio, así como la definición de abuso de posición de dominio, consideramos pertinente remitirnos al numeral 10.2 del artículo 10 de la Ley de Libre Competencia, el cual señala una lista de conductas que, a manera de ejemplo, constituirían abuso de posición de dominio. No obstante, como se apreciará adelante, hay una que consideramos que no debería encontrarse ahí.

a) Negarse injustificadamente a satisfacer demandas de compra o adquisición, o a aceptar ofertas de venta o prestación, de bienes o servicios.

En este caso, el agente con posición de dominio traduce ese poder en eliminar la posibilidad de hacer negocios de un proveedor o de un cliente, excluyéndolos del mercado, al ser la única alternativa para la contratación.

Esta negativa de contratar no tendría importancia si no existiera la posición de dominio, ya que el afectado podrá recurrir a otras alternativas, las cuales en este caso no existirían.

b) Aplicar, en las relaciones comerciales o de servicio, condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que coloquen de manera injustificada a unos competidores en situación desventajosa frente a otros. No constituye abuso de posición de dominio otorgar descuentos y bonificaciones que correspondan a prácticas comerciales general-

mente aceptadas, que se concedan u otorguen por determinadas circunstancias compensatorias, como pago anticipado, monto, volumen u otras que se otorguen con carácter general, en todos los casos en que existan iguales condiciones.

Este supuesto es similar al anterior, con la diferencia de que, antes de constituir una negativa absoluta de contratar, se configura un trato discriminatorio, beneficiando a unos agentes respecto de otros, lo que genera también un efecto exclusorio, aunque menos radical que en el caso anterior. Nuevamente la premisa es que el afectado no tiene alternativas para contratar.

Cabe anotar que este supuesto –como sucedía con la ley anterior– aclara que no constituye una relación discriminatoria el trato diferenciado que responde a condiciones comerciales diferentes que lo justifique.

c) Subordinar la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones adicionales que, por su naturaleza o arreglo al uso comercial, no guarden relación con el objeto de tales contratos.

En este caso, se sancionan las situaciones en las que un agente con posición de dominio en el mercado, de un bien o servicio determinado, impone la adquisición de un bien o servicio adicional, que en condiciones normales no habría sido requerido. Es decir, esta práctica traslada el poder que se tiene en el mercado de un producto determinado al mercado de otro producto en el que no se tiene dicho poder, y así beneficiarse indebidamente del segundo.

d) Obstaculizar de manera injustificada a un competidor la entrada o permanencia en una asociación u organización de intermediación.

En este supuesto, el ejercicio de poder de mercado podría ser relativo, o no tan evidente como en los casos anteriores, ya que el *lobby* u otras maniobras podrían lograr el efecto mencionado. Sin embargo, justamente el contar con posición de dominio puede dotar de las herramientas necesarias para coaccionar las decisiones en la asociación u organización correspondiente; hecho que, en otro escenario, no sería posible. Asimismo, cabe precisar que tendría que tratarse de una asociación u organización cuya membresía sea relevante o necesaria para competir.

e) Establecer, imponer o sugerir contratos de distribución o venta exclusiva, cláusulas de no competencia o similares, que resulten injustificados.

Las exclusividades son por lo general aceptadas por las normas de competencia y tienen un fundamento de eficiencia comercial, que es justamente lo que buscan promover las normas sobre competencia. Sin embargo, en los casos que una empresa con posición de dominio impone exclusividades, cláusulas de no competencia o similares, sin una justificación comercial válida, estamos ante una situación con un efecto exclusorio respecto de los que no resulten beneficiados con el acuerdo, es decir, similar a la negativa de contratar, práctica que no se daría de no existir dicha posición de dominio.

f) Utilizar de manera abusiva y reiterada procesos judiciales o procedimientos administrativos, cuyo efecto sea restringir la competencia.

Como ya hemos mencionado, en este caso consideramos que la posición de dominio, o el poder en el mercado, no es requisito previo, necesario ni determinante para que se produzca esta práctica. Ejemplo de esto es el caso de la bodega de doña Julia, el cual seguiremos refiriendo más adelante.

g) Incitar a terceros a no proveer bienes o prestar servicios, o a no aceptarlos.

En este caso, nuevamente la posición de dominio en el mercado hace que un agente sea un proveedor o cliente necesario en dicho mercado, posición que le permite coaccionar a terceros a fin de que no provean a otros agentes que podrían estar a un nivel distinto de la cadena de comercialización que resulte interesante afectar a este monopolista.

h) En general, aquellas conductas que impidan o dificulten el acceso o permanencia de competidores actuales o potenciales en el mercado por razones diferentes a una mayor eficiencia económica.

Finalmente, esta es la cláusula general que deja claramente establecida que la enumeración anterior es simplemente ejemplificadora, pero denota también el carácter exclusorio, y no de otro tipo, de las prácticas que esta norma pretende sancionar⁴.

En ese orden de ideas, del desarrollo de dichas prácticas y bajo la óptica de un agudo lector, se puede apreciar que casi todas ellas tienen un común denominador: que solo las puede ejercer por un agente con posición de dominio, y constituyen justamente el ejercicio de dicha posición. No obstante, consideramos que el literal f del numeral 10.2 del artículo 10 de dicha norma no se debió incluir, ya que –como hemos adelantado– para que se configure este supuesto no es necesario el ejercicio de una posición dominante, sino solo tener medianos

recursos y un abogado con conocimientos promedio y contactos para crear barreras de entrada por abuso de acciones legales.

3 Racionalidad de la tipificación de la utilización abusiva de acciones legales

En este punto, consideramos muy importante evaluar primero cuál es la racionalidad de esta práctica, y si corresponde realmente considerarla como una de abuso de posición de dominio, y, por tanto, contraria a la legislación sobre libre competencia.

En efecto –como ya hemos adelantado y como sustentaremos a continuación–, consideramos cuestionable que se considere esta figura como pasible de sanción por las normas de libre competencia, y esto radica básicamente en dos razones:

a) Primero, para que la utilización abusiva de procesos legales, o cualquier otra práctica de tipo “individual”, se configure como abuso de posición de dominio, esta la debe realizar un agente del mercado, el cual debe tener previamente una posición de dominio en dicho mercado⁵, de tal forma que sus acciones puedan constituir un abuso de la posición que ostenta. De lo contrario, no podría hablarse de una tipificación bajo las normas de libre competencia, y estaríamos ante una práctica regular en el mercado, o, en todo caso, de una práctica sancionable por el derecho de la competencia desleal, siempre que tipifique dentro de las normas del Decreto Legislativo 1044, incluida su cláusula general⁶, o, en el peor de los casos, por los remedios “regulares” del derecho⁷. De otra manera, no nos encontramos ante una práctica con relevancia para el derecho de la libre competencia.

Sin embargo, para realizar actos de abuso de procesos legales y tener éxito en afectar o excluir a la competencia a través de ellos, resulta irrelevante contar con una posición de dominio.

En efecto, puede suceder que una empresa con posición de dominio en el mercado desarrolle dichas prácticas, lo cual resultará accidental o secundario, pero, por sus características, estas no constituyen un ejercicio de dicho poder de mercado. Al respecto, Alfredo Bullard y Alejandro Falla, comentando la Resolución 057-96-INDECOPI/CLC, que resuelve la denuncia presentada por Lebar S. A. en contra de Aesoría Comercial S. A. y la Asociación de Grifos y Estaciones de Servicio del Perú, por presuntas prácticas restrictivas de la competencia en la

instalación de la estación de servicio de Lebar S. A., señalan: “[...] tal como habría sido definida por la comisión, entendemos que el ‘abuso de procedimientos gubernamentales’ es una práctica que en principio no requeriría que la empresa que desarrolla la práctica cuente con poder de mercado –en el procedimiento mencionado se analiza dicha práctica en relación a una empresa que carece de una posición de dominio en el mercado–. Sin embargo, entendemos que la existencia de posición de dominio, si bien no es un factor determinante para la configuración de la infracción, es un factor que puede determinar en gran medida las posibilidades de éxito de la práctica, así como la gravedad de sus efectos en el mercado. A nuestro entender, el uso de una estrategia predatoria de este tipo es mucho más seria y requiere una intervención mucho más enérgica de la autoridad, cuando quien la desarrolla cuenta con posición de dominio en el mercado”⁸.

En ese orden de ideas –tal como señalan Bullard y Falla–, siguiendo el análisis realizado por la Comisión, una empresa sin posición de dominio en el mercado podría igualmente desarrollar este tipo de prácticas también con mucho éxito. Sin embargo, discrepamos de dichos autores cuando sostienen que la encargada de evitar y sancionar las mismas sea la Comisión de Defensa de la Libre Competencia del Indecopi. En todo caso, lo más relevante para afectar al mercado mediante acciones legales sería la espalda económica del agente que crea las barreras de entrada, lo que no implica posición de dominio, y aun siendo eso bastante discutible, ya que en un país como el Perú no se necesita, necesariamente, de una gran espalda económica para poner barreras de entrada por el ejercicio abusivo de acciones legales.

Profundizando más el análisis, es posible afirmar que, si un agente económico realiza la conducta lesiva tipificada en el literal f del numeral 10.2, afectando la competitividad por generar barreras de entrada vía acciones legales, válidamente puede sostenerse que esta necesidad de proteger su “feudo” levantando barreras “artificiales” justamente evidencia que no nos encontramos ante una empresa con una posición de dominio originaria. En efecto, uno de los elementos más importantes para definir la posición de dominio es que nos encontremos ante un mercado con barreras de acceso a él (supuesto incluido como uno, pero no el único, de los factores determinantes en la definición de posición de dominio en la nueva ley), y que haría innecesario utilizar acciones legales de manera abusiva para generar esas barreras⁹. En otras palabras, se puede afirmar que el que un agente requiera uti-

lizar de manera abusiva acciones legales obedece a que se encuentra en una situación “contestable”, y, por tanto, si bien podría tener una participación importante en el mercado, no sería una de posición de dominio.

De lo dicho se puede concluir que la posición de dominio en este supuesto es accidental, y no debería formar parte del tipo legal recogido en el literal f antes comentado. Al respecto, lo mencionado se evidencia también en las resoluciones del Indecopi evaluadas en la Comisión de Represión de la Competencia Desleal, en las que –como resulta evidente– no se evaluó la tenencia o no de posición de dominio de los agentes económicos participantes para determinar posibles ilegalidades¹⁰.

Finalmente, otro argumento que refuerza nuestra posición de la inexistencia de la necesidad de una posición de dominio para tipificar o sancionar este supuesto es el hecho de que en nuestro país los procesos legales no son especialmente costosos y requieren generalmente de un tiempo considerable para ser resueltos. Esta “ineficiencia institucional” es un factor que juega a favor del uso abusivo de procesos legales, lo que podría coadyuvar eventualmente a establecer una barrera de entrada. En pocas palabras, se está abusando de la habilidad de maniobra de las acciones legales, no de la posición de dominio que podría, eventualmente, tener quien realice esta práctica.

b) Por otro lado, y en línea con la argumentación expuesta en el literal anterior, creemos que considerar el uso abusivo de acciones legales como un supuesto sancionable por la legislación de libre competencia, como un caso de abuso de posición de dominio genera un trato claramente discriminatorio.

En efecto, la Constitución Política del Perú establece como un principio fundamental de la persona, entre otros, el derecho a no ser discriminado¹¹. Al respecto, deberá entenderse por discriminación al hecho de dar un trato diferenciado cuando no existen diferencias objetivas que lo justifiquen.

Sobre el particular, aplicando el principio constitucional referido al análisis de la práctica materia del presente artículo, tenemos que solamente los agentes con posición de dominio podrán ser plausibles de denuncias por abuso de acciones legales, mientras que los que carecen de esta condición no podrán ser tratados de la misma manera. No obstante, el efecto de excluir a competidores de determinado mercado puede darse efectivamente en ambas situaciones, por lo que no

encontramos justificación que explique este trato dentro del esquema constitucional señalado.

Más aún, es muy probable que grandes empresas –las que podrían calificar como titulares de una posición de dominio– tengan vedada la realización de prácticas cuestionables con la finalidad de frenar a su competencia potencial o efectiva, por códigos de autorregulación, o legislación extranjera de efecto supranacional, por ejemplo¹². Siendo así, en muchos casos resulta bastante más probable que empresas de menor fuerza o preeminencia económica puedan realizar estas prácticas.

Como conclusión, entonces, se puede afirmar que la tipificación de los actos de uso abusivo de acciones legales es totalmente ajena a conceptualizar los actos de abuso de posición de dominio.

4 Subsidiariedad de la tipificación y consideraciones constitucionales

Sin perjuicio de enmarcar los actos de abuso de procedimientos legales como actos de abuso de posición de dominio (lo que no consideramos correcto, como hemos sustentado en los párrafos precedentes), como actos de competencia desleal, o como actos ajenos al derecho de la competencia en general, cuyos remedios se podrían encontrar en otras áreas del derecho, no hay que perder de vista que pretender algún remedio, sea cual fuera este, debe ser siempre residual, subsidiario y aplicado solamente en los casos en que la tipificación legal sea muy clara y la conducta encuadre estrictamente con dicha conducta.

Este principio de subsidiariedad, y de estricto rigor objetivo que se menciona en el párrafo anterior, se debe a la existencia de dos elementos fundamentales, reconocidos expresamente por nuestra Constitución Política como derecho fundamental de la persona y como derecho de la función jurisdiccional, que son el derecho de petición¹³, contemplado también en la Ley del Procedimiento Administrativo General¹⁴, y el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva¹⁵, contemplado también en el Código Procesal Civil¹⁶. Al respecto, estos derechos se fundamentan en la posibilidad de todo ciudadano de acceder a las autoridades y de ejercitar su derecho de acción.

Sobre el particular, creemos necesario desarrollar brevemente los límites en los que se encuadra la tipificación del ejercicio abusivo de

medios legales, ya que existe el riesgo de una violación constitucional si la práctica no es aplicada de manera estricta:

a) El derecho de petición.- Según definición del Tribunal Constitucional, se entiende por el derecho de petición a “un instrumento o mecanismo que permite a los ciudadanos relacionarse con los poderes públicos, y como tal, deviene en un instituto característico y esencial del Estado democrático de derecho. Así, todo cuerpo político que se precie de ser democrático deberá establecer la posibilidad de participación y decisión de los ciudadanos en la cosa pública, así como la defensa de sus intereses o la sustentación de sus expectativas, ya sean estos particulares o colectivos en su relación con la administración pública”¹⁷.

Como se aprecia, el derecho de petición es gravitante en la caracterización misma de un Estado de derecho democrático y su ejercicio puede resultar necesario para motivar una opinión de la administración pública, vinculada al acceso a determinado mercado. En este sentido, sancionar a un agente económico sin el debido fundamento por el uso de acciones legales en forma aparentemente abusiva podría resultar lesiva y hasta afectar el derecho constitucional, si se demostrara que este agente solamente busca una opinión necesaria de la administración a fin de eliminar incertidumbres.

b) Tutela jurisdiccional efectiva.- En relación con el derecho a la tutela jurisdiccional, Marcial Rubio sostiene, resumiendo lo que mandan los instrumentos internacionales sobre el tema, que toda persona tiene derecho a ser oída en un tribunal en referencia a sus derechos constitucionales, sus demás derechos y obligaciones y a las acusaciones que se le hagan, entre otros derechos vinculados, como la igualdad ante ellos, imparcialidad e independencia de los tribunales, etcétera¹⁸. El mismo autor, citando a Carocca Pérez, establece una serie de facultades que estarían amparadas en el derecho a la tutela jurisdiccional¹⁹:

i) La posibilidad de acceder a los órganos jurisdiccionales, dando inicio a un proceso.

ii) La de obtener una sentencia que declare el derecho de cada una de las partes.

iii) La de interponer recursos.

iv) La de solicitar y obtener el cumplimiento efectivo de la sentencia definitiva.

Explicando los alcances de este derecho, Obando Blanco señala: “[...] se ha convertido en el pilar fundamental del proceso; mereciendo,

además de recogerse en el Título Preliminar del Código Procesal Civil (artículo I) ser reconocido como derecho constitucional fundamental (inciso 3 del artículo 139 de la Constitución Política)²⁰.

Ahora, más allá del contenido de cada uno de los derechos constitucionales antes citados, cabe resaltar que en su condición misma de derechos humanos, estos merecen una protección especial, ya que son intrínsecos a la persona humana. Así, Luis Castillo Córdova, refiriéndose a nuestro ordenamiento constitucional, establece: “[...] toda actuación tanto del poder público como la de los particulares que esté destinada a menoscabar la categoría de fin que tenemos todas las personas humanas será por ese motivo inconstitucional y, consecuentemente, nula”. Siguiendo con el mismo análisis, sostiene: “[...] la actividad estatal (judicial, ejecutiva y legislativa) se legitima en la medida en que va dirigida a conseguir el aseguramiento y ejercicio pleno de los distintos derechos y libertades humanas fundamentales. *Consecuentemente, una sentencia judicial, un acto administrativo o una ley serán inconstitucionales no solo si agreden los derechos humanos o fundamentales, sino también si colocan ese derecho en una situación de desprotección o de simple vigencia formal*”²¹ (las cursivas son nuestras).

En consecuencia, se puede verificar claramente la importancia de estos derechos y su irrestricto respeto, aplicándose, como menciona el propio autor, el *in dubio pro libertatis* o el *in dubio pro homine*²², conceptos que van de la mano con la aplicación subsidiaria, residual y sumamente objetiva en su evaluación de un supuesto de infracción de normas administrativas, que, mal aplicado, podría afectar a estos derechos fundamentales y, por tanto, generar pronunciamientos nulos de la administración.

5 Tipificación de la práctica en la legislación peruana

En relación con lo que se ha venido sustentando a lo largo del presente artículo, consideramos pertinente analizar la práctica en base a lo establecido en la Ley de Libre Competencia, que la enmarca dentro de lo que sería el ejercicio abusivo de acciones legales.

El artículo materia de análisis establece literalmente lo siguiente:
“Artículo 10.- El abuso de la posición de dominio.-

10.1. Se considera que existe abuso cuando un agente económico que ostenta posición dominante en el mercado relevante utiliza esta

posición para restringir de manera indebida la competencia, obteniendo beneficios y perjudicando a competidores reales o potenciales, directos o indirectos, que no hubiera sido posible de no ostentar dicha posición.

10.2. El abuso de la posición de dominio en el mercado podrá consistir en conductas de efecto exclusorio tales como:

[...]

f) Utilizar de manera abusiva y reiterada procesos judiciales o procedimientos administrativos, cuyo efecto sea restringir la competencia;

[...]

10.5. No constituye abuso de posición de dominio el simple ejercicio de dicha posición sin afectar a competidores reales o potenciales”.

Como se aprecia, existe una serie de supuestos que deberán cumplirse para tipificar el litigio de mala fe como una infracción de las normas de competencia.

En efecto, como primer supuesto de hecho, la norma establece que deberá tratarse de un agente que cuente con posición de dominio en el mercado, entendida esta como una situación que permite a un agente restringir, afectar o distorsionar en forma sustancial las condiciones de la oferta y la demanda, con independencia de lo que puedan hacer sus competidores, proveedores o clientes para tratar de contrarrestar esta situación, de conformidad con lo señalado en el numeral 7.1 del artículo 7 del Decreto Legislativo 1034, antes citado.

Adicionalmente, como segundo supuesto deberá presentarse una situación en la que dicho agente la utilice para restringir, de manera indebida, la competencia, obteniendo beneficios y perjudicando a competidores reales o potenciales, directos o indirectos; situación que no hubiera sido posible generar de no ostentar dicha posición dominante.

En ese orden de ideas y siguiendo este análisis, se pueden extraer los siguientes requisitos que delimitan la tipificación de la práctica de abuso de acciones legales, supuesto recogido en el literal f:

- 1) Contar con posición de dominio.
- 2) Utilización abusiva y reiterada,
- 3) Efecto restrictivo de la competencia, y
- 4) La afectación a competidores reales o potenciales.

Contrastando esta serie de requisitos con el derecho de todo sujeto a acceder a la administración pública para definir una incertidumbre jurídica (sea por derecho de petición o por derecho a la tutela jurisdiccional)

diccional), resulta interesante evaluar cómo han tratado los tribunales este supuesto, tanto en el Perú como en el extranjero.

6 Precedentes sobre utilización abusiva de acciones legales

6.1 En el Perú

En relación con la utilización abusiva de acciones legales, la jurisprudencia peruana es muy escasa. No obstante, cabe mencionar la Resolución 037-2005-INDECOPI/CLC, del 4 de julio de 2005, en la cual se resolvió que la empresa Pilot Station S. A., la cual agrupaba a la totalidad de prácticos marítimos autorizados para operar en el Terminal Portuario del Callao, cometió actos de abuso de posición de dominio bajo la práctica de ejercicio abusivo de medios legales, al pretender mantener el monopolio de prácticos marítimos mediante una serie de prácticas, entre ellas el abuso de acciones legales. Al respecto, se evidenció que cuando dichos prácticos pretendían resolver los contratos con la denunciada, eran víctimas de diversos procedimientos administrativos y judiciales, a fin de impedir su actividad independientemente.

Así, en este caso el Indecopi evaluó en conjunto cada una de las prácticas realizadas, para luego concluir que se trató de una clara estrategia ilícita de monopolizar el mercado usando para ello el ejercicio abusivo de acciones administrativas y judiciales. En relación con ello, la Comisión sostuvo lo siguiente:

“Al respecto, esta Comisión reconoce el derecho legítimo de toda persona a solicitar tutela jurisdiccional y a ejercer su derecho de petición administrativa ante los órganos correspondientes; sin embargo, *si los procesos judiciales y los procedimientos administrativos interpuestos por la empresa denunciada son desestimados (en su mayoría) por las autoridades competentes*, la Comisión en el ámbito de sus competencias puede evaluar y eventualmente concluir *de manera objetiva* la intención anticompetitiva de una empresa que utiliza innecesariamente dichos mecanismos legales con el único propósito de obstaculizar el acceso o permanencia en el mercado de competidores potenciales o reales, y no el ejercer de manera regular su derecho de acción” (las cursivas son nuestras).

Resulta interesante considerar que en este caso se evaluaron dos acciones de amparo –ambas declaradas improcedentes–, una denuncia penal pendiente de pronunciamiento, dos denuncias penales descartadas y una denuncia administrativa declarada infundada mediante revocatoria de la segunda instancia. Así, como se puede apreciar, en este caso hay un patrón claro de acciones rechazadas por cuestiones de forma o de fondo, lo que es coherente con el requisito de objetividad establecido por la Comisión.

6.2 En Estados Unidos

Por otro lado, en el caso de la jurisprudencia norteamericana, su evolución puede apreciarse en los siguientes casos, que son los que sientan las bases para aplicar esta doctrina en ese país:

*Eastern Railroad Presidents Conference et al. v. Noerr Motor Freight Inc., et al.*²³

Este caso se encuentra vinculado a una demanda presentada por un grupo de camioneros en contra de una asociación de empresas de trenes, por la supuesta realización de campañas publicitarias tendientes a restringir la competencia en el transporte de carga de largas distancias. Al respecto, la Corte Suprema de Estados Unidos sostuvo que, en principio, la legalidad de una acción grupal destinada a obtener una acción del Gobierno no estará afectada por cualquier propósito anticompetitivo que podría tener esta. Sin embargo, en los casos en que una campaña publicitaria que está dirigida ostensiblemente a influenciar una acción del Gobierno, sea básicamente una fachada para disfrazar lo que no es más que un intento de interferir directamente con las relaciones de negocios de un competidor, la aplicación de la Sherman Act puede estar justificada. Si bien en este caso no se trató del uso abusivo de acciones legales, resulta un precedente interesante como origen de la teoría al tratarse de una acción, de tipo extralegal, para influenciar al público en general y finalmente a las autoridades.

*United Mine Workers of America v. Pennington et al.*²⁴

Posteriormente, en este otro caso se precisa el precedente anterior, dando origen a lo que el derecho de libre competencia norteamericano llama “la Doctrina Noerr Pennington”, en referencia a ambos casos. En esta oportunidad, se trató de una discusión sindical *vs.* la

supuesta concertación de condiciones de trabajo. En su resolución, la Corte Suprema de los Estados Unidos ratifica que Noerr descarta la consideración de intenciones para determinar la ilegalidad de la práctica de influir concertadamente a un funcionario público. De esta manera, se pretende establecer que, para determinar la legalidad o ilegalidad en el ejercicio del derecho de petición, se deberá eliminar cualquier consideración subjetiva.

*California Motor Transportation Co. et al. v. Trucking Unlimited et al.*²⁵

En este tercer caso, se trató de un grupo de camioneros que habrían tomado una serie de acciones a fin de evitar la obtención de derechos de operación de nuevos camioneros. En este caso, la misma Corte sostuvo, con opinión individual del juez Stewart, en primer lugar, que Noerr aplica tanto a casos de funcionarios de agencias administrativas (del legislativo o ejecutivo) como de judiciales. Asimismo, sostuvo que, si bien una demanda sin sustento puede pasar inadvertida, un patrón de demandas sin fundamento, reiteradas, puede llevar a concluir que los procesos judiciales o administrativos han sido abusados. Más aún si produjeron un resultado ilegal consistente en impedir que los demandados accedan a las autoridades o las Cortes.

Un criterio establecido en dicha resolución es que se trate de actividades/demandas:

- Masivas,
- Concertadas y
- Con un propósito específico.

*Professional Real estate Investors, Inc., et al., Petitioner v. Columbia Pictures Industries, Inc., et al.*²⁶

Finalmente, en un caso de una contrademanda presentada por los propietarios de hoteles en contra de un estudio de películas de cine, la Corte Suprema de Estados Unidos establece la definición de litigio abusivo bajo dos requisitos:

- La demanda debe carecer de fundamento objetivamente, en el sentido de que ningún litigante razonable podría esperar de manera realista el éxito.
- La Corte debe enfocarse en si esta demanda constituye un intento de interferir directamente en las relaciones de negocio de un competidor, a través del uso de procedimientos gubernamentales como un arma anticompetitiva, y no el resultado mismo del proceso.

Como se aprecia, primero se analiza el aspecto legal de fondo de las acciones, con el requisito de objetividad, y luego el aspecto económico o de mercado, y sus efectos en él.

6.3 En la Unión Europea

Respecto del enfoque que le han dado las Cortes europeas a este tema, corresponde tener presente *ITT Promedia NV v. Commission of the European Communities*²⁷, del 17 de julio de 1998, una disputa relacionada con la cancelación de los derechos de ITT Promedia NV para publicar guías telefónicas para Belgacom. En esta oportunidad la Comisión señaló que, a fin de determinar si un caso de utilización de acciones legales es un abuso, deben evaluarse dos requisitos acumulativos: (i) que no pueda razonablemente ser considerado como un intento de defender los derechos del denunciante, y como consecuencia de ello solamente sirva para acosar a la contraparte, y (ii) que sea concebido en el marco de un plan cuyo fin sea eliminar a la competencia. Así, continúa que de acuerdo con el primer criterio, la acción debe ser, desde un punto de vista objetivo, manifiestamente infundada, y que de acuerdo con el segundo, se debe verificar la intención de eliminar a la competencia.

Complementando la necesidad de que estos dos requisitos se cumplan necesariamente para considerar que nos encontramos ante un caso de abuso de acciones legales, se menciona también, en la misma resolución, que debido a que el acceso a las Cortes es un derecho fundamental y un principio general de la aplicación de las normas, es solamente en situaciones completamente excepcionales que se puede considerar a las acciones legales como una infracción a las normas de competencia.

Como se aprecia de los pronunciamientos antes citados, si bien existen algunas diferencias, los puntos en común que podemos extraer son los siguientes:

a) Considerando que la actuación de la autoridad encargada de ver el caso afecta los derechos constitucionales de petición y de tutela jurisdiccional, se trata de una medida de aplicación excepcional y residual.

b) Siguiendo esa línea, debe existir un convencimiento claro y objetivo en la autoridad de que el interés del denunciante fue exclusivamente iniciar –generar– los procedimientos legales y no sus resultados.

c) Dos factores útiles para verificar objetivamente la situación descrita en el literal anterior, cumpliendo con el requisito de la objetividad, lo puede constituir la cantidad de acciones iniciadas y su resultado.

Como se aprecia, tanto desde el punto de análisis bajo el ámbito de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia o de la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal, sea en el caso peruano, o de tribunales tanto estadounidenses como europeos, todos ellos coinciden en que la sanción debe ser aplicada de manera estrictamente residual y muy objetiva, por el grave riesgo de conculcar derechos constitucionales.

7 Conclusiones

Del desarrollo sustentado en los párrafos precedentes podemos decir que –a nuestro entender– la práctica incluida en el literal f del numeral 10.2 del artículo 10 del Decreto Legislativo 1034 no debió ser recogida dentro de este cuerpo normativo ni bajo el ámbito de la Comisión de Libre Competencia, por los siguientes motivos:

- El abuso de acciones legales no es un supuesto de abuso de posición de dominio, y así debe ser tratado por la legislación de competencia.
- El análisis de este tipo de prácticas puede realizarse bajo el ámbito del derecho de la competencia desleal o del derecho común. Inclusive podría generar en determinados casos la aplicación de sanciones penales.
- El tratamiento que actualmente se le da al abuso de acciones legales resulta discriminatorio al solamente contemplar el supuesto de sanción cuando la práctica tipificada la realiza un agente con posición de dominio, siendo inmunes ante las normas de competencia los actores igualmente exitosos en los resultados, pero carentes de esta posición.

En cualquier caso, el empleo de sanciones a casos de abuso de acciones legales debe estar precedida de un análisis objetivo muy riguroso, en virtud del principio de aplicación restrictiva del derecho sancionador, a fin de no violar los derechos de petición y de tutela jurisdiccional, reconocidos por la legislación constitucional vigente.

NOTAS

- 1 Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, Decreto Legislativo 1034 “Artículo 10.- El abuso de la posición de dominio.-
10.1. Se considera que existe abuso cuando un agente económico que ostenta posición dominante en el mercado relevante utiliza esta posición para restringir de manera indebida la competencia, obteniendo beneficios y perjudicando a competidores reales o potenciales, directos o indirectos, que no hubiera sido posible de no ostentar dicha posición.
10.2. El abuso de la posición de dominio en el mercado podrá consistir en conductas de efecto exclusorio, como:
[...].
f) Utilizar de manera abusiva y reiterada procesos judiciales o procedimientos administrativos, cuyo efecto sea restringir la competencia.
[...].”
- 2 Cfr. Gómez Apac 2005: 96.
- 3 “Artículo 7.- De la posición de dominio en el mercado.-
7.1. Se entiende que un agente económico goza de posición de dominio en un mercado relevante cuando tiene la posibilidad de restringir, afectar o distorsionar en forma sustancial las condiciones de la oferta o demanda en ese mercado, sin que sus competidores, proveedores o clientes puedan, en ese momento o en un futuro inmediato, contrarrestar esta posibilidad, debido a factores como:
(a) Una participación significativa en el mercado relevante.
(b) Las características de la oferta y la demanda de los bienes o servicios.
(c) El desarrollo tecnológico o servicios involucrados.
(d) El acceso de competidores a fuentes de financiamiento y suministro, así como a redes de distribución.
(e) La existencia de barreras a la entrada de tipo legal, económica o estratégica.
(f) La existencia de proveedores, clientes o competidores y el poder de negociación de estos.
7.2. La sola tenencia de posición de dominio no constituye una conducta ilícita”.
- 4 Así, quedan excluidas las llamadas prácticas explorativas, contempladas en otras legislaciones sobre competencia, por ejemplo.
- 5 Ello según lo establecido en el artículo 7 del Decreto Legislativo 1034.
- 6 Decreto Legislativo 1044: “Artículo 6.- Cláusula general.-
6.1.- Están prohibidos y serán sancionados los actos de competencia desleal, cualquiera sea la forma que adopten y cualquiera sea el medio que permita su realización, incluida la actividad publicitaria, sin importar el sector de la

actividad económica en la que se manifiesten.

6.2.- Un acto de competencia desleal es aquel que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe empresarial que deben orientar la concurrencia en una economía social de mercado.

- 7 Entiéndase por remedios regulares a las acciones por abuso del derecho, indemnización por daños y perjuicios o inclusive la vía de las denuncias penales.
- 8 Cfr. Bullard y Falla 2005: 49.
- 9 Ver literal e) del numeral 7.1 del artículo 7 del Decreto Legislativo 1034, en nota al pie de página 3.
- 10 Al respecto, resulta muy interesante el análisis de Pierino Stuchi López-Raygada, **quien, tomando como punto de partida dos resoluciones de la Comisión de Represión de la Competencia Desleal, considera dentro de los Actos No Expresamente Tipificados por la Ley de Represión de la Competencia Desleal antes vigente (Decreto Ley 26122), lo que llama Actos de Indebido Ataque Procesal, y que califica “como aquellos capaces de entorpecer, encaecer, obstaculizar, dificultar o impedir la actividad comercial de otro concurrente mediante el ejercicio ilegítimo, fraudulento o carente de fundamento de los derechos de acción o de petición que corresponden a todo sujeto de derecho”.** Cfr. Stucchi López-Raygada 2007: 301.
- 11 “Constitución Política del Perú: “Artículo 2.- Derechos fundamentales de la persona
Toda persona tiene derecho:
[...].
2. A la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole.
[...].”
- 12 Ver información del Departamento de Justicia de Estados Unidos en www.usdoj.gov/criminal/fraud/docs/dojdocb.html.
- 13 Constitución Política del Perú: “Artículo 2.- Derechos fundamentales de la persona
Toda persona tiene derecho:
[...].
20. A formular peticiones, individual o colectivamente, por escrito ante la autoridad competente, la que está obligada a dar al interesado una respuesta también por escrito dentro del plazo legal, bajo responsabilidad.
Los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional solo pueden ejercer individualmente el derecho de petición.
[...].”

- 14 Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General: “Artículo 106.- Derecho de petición administrativa
106.1. Cualquier administrado, individual o colectivamente, puede promover por escrito el inicio de un procedimiento administrativo ante todas y cualesquiera de las entidades, ejerciendo el derecho de petición reconocido en el artículo 2 inciso 20) de la Constitución Política del Estado.
106.2. El derecho de petición administrativa comprende las facultades de presentar solicitudes en interés particular del administrado, de realizar solicitudes en interés general de la colectividad, de contradecir actos administrativos, las facultades de pedir informaciones, de formular consultas y de presentar solicitudes de gracia.
106.3. Este derecho implica la obligación de dar al interesado una respuesta por escrito dentro del plazo legal”.
- 15 Constitución Política del Perú: “Artículo 139.- Principios de la Administración de Justicia
Son principios y derechos de la función jurisdiccional:
[...].
3. La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional.
Ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley, ni sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos, ni juzgada por órganos jurisdiccionales de excepción ni por comisiones especiales creadas al efecto, cualquiera sea su denominación.
[...].”
- 16 Código Procesal Civil, Título Preliminar: “Artículo I.- Derecho a la tutela jurisdiccional efectiva.-
Toda persona tiene derecho a la tutela jurisdiccional efectiva para el ejercicio o defensa de sus derechos o intereses, con sujeción a un debido proceso”.
- 17 Sentencia del Tribunal Constitucional 01042-2002-AA/TC, F.J. 2.2.2., citada por Gómez Sánchez Torrealva 2008: 39.
- 18 Cfr. Rubio Correa 1999: 52.
- 19 Cfr. Rubio Correa 1999: 64-65.
- 20 Cfr. Obando Blanco 2002: 20.
- 21 Cfr. Castillo Córdova 2007: 53-54.
- 22 Cfr. Castillo Córdova 2007: 53-54.
- 23 Eastern Railroad Presidents Conference et al. v. Noerr Motor Freight Inc., et al. 365 U.S. 127.
- 24 United Mine Workers of America v. Pennington et al. 381 U.S. 657.
- 25 California Motor Transportation Co. et al. v. Trucking Unlimited et al. 404 U.S. 508.

26 Professional Real Estate Investors, Inc., et al., Petitioner v. Columbia Pictures Industries, Inc., et al. 508 U.S. 49.

27 Véase http://eur-lex.europa.eu/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexplus!prod!CELEXnumdoc&lg=en&numdoc=61996A0111#SM.

BIBLIOGRAFÍA

Bullard, Alfredo y Falla, Alejandro (2005). “El abogado del diablo”. En: *Ius et Veritas*, nro. 30.

Castillo Córdova, Luis (2007). *Los derechos constitucionales, elementos para una teoría general*. Lima: Palestra Editores, tercera edición.

Gómez Apac, Hugo (2005). “Propiedad, libertad de contratación y libre competencia”. En: *Revista de Economía y Derecho*, otoño. Lima: Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC).

Gómez Sánchez Torrealva, Francisco (2008). *Prácticos de procesos constitucionales, procesos de cumplimiento*. Lima: Editora Jurídica Grijley.

Obando Blanco, Víctor Roberto (2002). *El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva en la jurisprudencia*. Lima: Palestra Editores, segunda edición.

Rubio Correa, Marcial (1999). *Estudio de la Constitución Política de 1993*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, tomo 5.

Stucchi López-raygada, Pierino (2007). “La cláusula general como elemento esencial en la configuración de los actos de competencia desleal enunciados y no enunciados”. En: *Themis*, nro. 54.